

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS: MAJORANTES QUE PODEM REDUZIR A PENA

CHILDREN AND ADOLESCENTS IN THE CONTEXT OF CRIMINAL ASSOCIATIONS AND CRIMINAL ORGANIZATIONS: INCREASING OFFENSE LEVEL WHICH MIGHT REDUCE THE QUANTUM OF THE TOTAL PUNISHMENT

*Maria do Carmo Goulart Martins Setenta
Defensora Pública Federal em Porto Alegre.*

Especialista em Direito Penal e Política Criminal pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS

Rio Grande do Sul, Brasil

maria.martins@dpu.def.br

RESUMO

Ao longo da história, a criança e o adolescente que inicialmente eram invisíveis e não tinham nenhum tratamento diferenciado, passaram a ser compreendidos como sujeitos especiais de direitos, merecedores de integral proteção. Nessa evolução, houve uma fase de transição em que a atuação estatal, embora admitisse sua distinção dos adultos, tratava todos os jovens infratores, vítimas de maus tratos ou abandonados, com o direito penal. Nessa fase intermediária de evolução do direito das crianças e adolescentes foi editada a Lei nº 2.252/54 tornando típica a conduta de corromper menores, compreendida como o ato do adulto que, aproveitando-se da imaturidade do jovem, o leva para a criminalidade. Essa lei foi revogada pela Lei nº 12.015/2009, que inseriu o art. 244-B ao Estatuto da Criança e do Adolescente e manteve a corrupção de menores como ilícito penal, ampliando seu alcance. A mesma Lei nº 12.015/2009 modificou o antigo delito de formação de quadrilha ou bando, que passou a prever nova causa de aumento de pena na hipótese de prática do crime com participação de criança ou adolescente. De maneira semelhante, a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa, estabeleceu agravamento de pena se o delito for cometido juntamente com criança ou adolescente. No entanto, a previsão

específica de majorante para os adultos que praticam os delitos de associação e organização criminosa acompanhados de criança ou adolescente pode provocar, na prática, punição menor, porque configurado crime único e não mais concurso de delitos.

Palavras-chave: Criança. Adolescente. Corrupção. Associação criminosa. Organização criminosa.

ABSTRACT

After Throughout history, children and adolescents who were initially invisible and had no differential treatment came to be understood as special subjects of rights, deserving of full protection. In this evolution, there was a transition phase in which the state action, but admitted his adult distinction was all young people: offenders, victims of abuse or abandoned, with the criminal law. In this intermediate stage of evolution of the right of children and adolescents was enacted Law nº 2.252/54 making the typical behavior of corrupting minors, understood as the adult act, taking advantage of the immaturity of the young leads to crime. This law was repealed by Law nº 12.015/2009, which entered the art. 244-B to the Child and Adolescent and kept the corruption of minors as a criminal offense, but extended its reach. The same Law nº 12.015/2009 modified the old offense of conspiracy or flock, which now provides new cause penalty increase in crime hypothesis with participation of children and adolescents. Similarly, Law nº 12.850/2013, which defines criminal organization, established penalty aggravation if the offense is committed with a child or adolescent. However, the specific provision of penalty increased chance for adults who practice the association of offenses and criminal organization with the participation of children and adolescents would, in practice, less punishment because configured only crime offenses and no more contest.

Keywords: Child. Adolescent. Corruption. Conspirac.; Criminal organization.

Data de submissão: 19/03/2017

Data de aceitação: 24/07/2017

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO 1.1 Quadrilha ou bando e a nova associação criminosa 1.2 Milícia privada. 1.3 Organizações criminosas 2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL 2.1 Legislação protetiva 2.2 O delito de corrupção de menores. 3, A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES E CRIMINOSAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento dos índices de criminalidade¹ provoca na sociedade brasileira, fortemente influenciada pela mídia, a reiteração do discurso de que a solução seria o endurecimento das penas e a ampliação do direito penal, que deveria prever cada vez mais tipos penais. É muito presente também a discussão em torno da redução da maioridade penal. No atual discurso político, o direito penal vige não mais como *ultima*, senão como *prima* ou até mesmo *sola ratio*².

Em razão disso, o Congresso Nacional possui em tramitação muitos projetos de lei que atendem ao anseio da sociedade, encarando o direito penal como a solução para todos os males. Após o regular processo legislativo, entram em vigor leis que, às vezes, pouco alteram a realidade e, muitas vezes, ao contrário de proporcionarem segurança jurídica e pacificação social, trazem ainda mais dificuldade ao jurista e ao operador do direito, especialmente, porque demandam hercúleo esforço de interpretação para adequar tantas regras aos casos concretos que se apresentam.

¹ Segundo o Atlas da violência de 2016 houve 59.627 homicídios no Brasil em 2014 – o que equivale a uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,1. Este é o maior número de homicídios já registrado e consolida uma mudança no nível desse indicador, que se distancia do patamar de 48 mil a 50 mil homicídios, ocorridos entre 2004 e 2007, e dos 50 a 53 mil mortes, registradas entre 2008 a 2011. Estas mortes representam mais de 10% dos homicídios registrados no mundo e colocam o Brasil como o país com o maior número absoluto de homicídios. Disponível em: <http://infogbucket.s3.amazonaws.com/arquivos/2016/03/22/atlas_da_violencia_2016.pdf>. Acesso em 18 mar. 2017.

² HASSEMER, W. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN, 2000.

Em algumas situações, o objetivo de recrudescimento da lei penal pode ser frustrado, como, por exemplo, com a edição das Leis n.º 12.015/2009 e n.º 12.850/2013 que, prevendo causa especial de aumento de pena quando os delitos de associação criminosa e organização criminosa são cometidos com a participação de criança e adolescente, além de provocarem pouca alteração quando de sua aplicação prática, podem trazer, ao autor da infração, pena menor, se comparado com a legislação pertinente anterior ou se comparado com outros tipos de delito em concurso – que não preveem esse tipo de majoração específica – com o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Este trabalho propõe uma reflexão sobre as recentes alterações perpetradas no ECA, no Código Penal (CP), bem como na lei que define organizações criminosas, especialmente, em relação à prática dos delitos de associação e organização criminosa em que há a participação de criança ou adolescente e suas consequências práticas na aplicação da pena privativa de liberdade.

1. DEFINIÇÕES SOBRE GRUPOS CRIMINOSOS NA LEGISLAÇÃO

A organização de grupos para a prática de crimes não é um fenômeno da atualidade. No cenário brasileiro, o antecedente remoto da criminalidade organizada é encontrado no cangaço, movimento do final do século XIX, cujos membros estavam hierarquicamente organizados e praticavam atividades ilícitas, como saques e extorsões, em diversos Estados do nordeste do Brasil³. Já no século XX, vieram a exploração do jogo do bicho, o tráfico de entorpecentes, armas, animais silvestres, etc. e, finalmente, na atualidade, os grupos formados no interior das penitenciárias, como o Primeiro Comando da Capital (PCC) e o Comando Vermelho (CV).

Na legislação brasileira, embora existam outros⁴, três são os principais tipos penais que definem as condutas de grupos criminosos: o art. 288 do CP que tipifica a associação criminosa, o art. 288-A do CP que trata da constituição de milícia privada e o art. 1º, § 1º e art. 2º, da Lei n.º 12.850/2013, que conceituam a organização criminosa.

³ SILVA, E. A. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

⁴ A exemplo da associação para a prática de crimes envolvendo o tráfico de substância entorpecente, previsto no art. 35, Lei 11.343/2006.

1.1. Quadrilha ou bando e a nova associação criminosa

O art. 288 do CP está inserido no título IX do Código Penal, que trata dos crimes contra a paz pública, foi introduzido no ordenamento jurídico por meio do Código de 1940, no contexto histórico do banditismo rural⁵, e definia esse crime como a conduta de “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes”, prevendo pena de reclusão de um a três anos, com a previsão de uma majorante, em seu parágrafo único, se o grupo fosse armado.

Embora houvesse posicionamento divergente sobre os termos quadrilha e bando serem ou não sinônimos, a maioria da doutrina entendia que as palavras tinham o mesmo significado, justamente porque o legislador não fez diferenciação tratando-as no mesmo tipo penal. Esse posicionamento era adotado, por exemplo, por Heleno Fragoso⁶, Magalhães Noronha⁷, Luiz Regis Prado⁸ e Damásio de Jesus⁹.

O delito em questão sofria críticas por sua redação imprecisa, ao definir a necessidade de mais de três pessoas, ou seja, a necessidade de, no mínimo, quatro pessoas para a configuração do crime¹⁰.

Com a edição da Lei n.º 12.850/2013, esse crime passou a denominar-se associação criminosa e, apesar de manter a mesma pena do delito anterior, reduziu de quatro para três o quantitativo de pessoas necessárias. Outras modificações constam em seu parágrafo único, com a previsão de mais uma majorante e alteração do *quantum* de aumento:

Associação Criminosa

Art. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

⁵ BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

⁶ NORONHA, E. M. **Direito penal**, 1987-1988.

⁷ NORONHA, E. M. **Direito penal**, 1987-1988.

⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H, 2013.

⁹ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

¹⁰ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013. PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H, 2013.

Parágrafo único. A pena aumenta-se até a metade se a associação é armada ou se houver a participação de criança ou adolescente.

O tipo objetivo é equivalente ao antigo delito de quadrilha ou bando. Associar-se, na definição de José Paulo Baltazar Junior, consiste em “organizar-se, aliar-se, unir esforços”¹¹ sendo necessário para a existência do crime a reunião de pelo menos três pessoas. O tipo subjetivo igualmente mantém-se relacionado ao fim específico de cometer uma série indeterminada de ilícitos.

A associação difere do mero concurso de pessoas pelo seu caráter de durabilidade e permanência, elementos indispensáveis para sua configuração¹².

A mudança legislativa foi positiva quanto à sua redefinição para associação criminosa e em relação à clareza de sua redação ao estabelecer o número mínimo de participantes¹³. No que tange às causas de aumento previstas no parágrafo único, manteve-se punição maior para a associação armada, reduzindo-se apenas a fração, pois na redação anterior, a pena aplicava-se em dobro, enquanto que no artigo vigente a fração de aumento pode variar somente até a metade.

Há críticas a essa previsão de aumento que estabelece limite máximo – metade – mas não especifica fração mínima e a sugestão de Nucci é de variação mínima seja de um sexto, pois esta é a menor fração de aumento prevista no Código Penal. Acrescenta o autor que o aumento de um dia, por exemplo, seria um atentado à intenção da norma, voltada a uma pena realmente mais elevada para tais circunstâncias¹⁴.

A hipótese de aumento em razão de o grupo criminoso ser armado justifica-se pelo fato de existir maior temibilidade e periculosidade dos seus componentes¹⁵. Quanto à participação de criança ou adolescente a reprimenda maior justifica-se porque a inserção de infantes em atividades criminosas, de forma habitual, é conduta mais gravosa à sociedade.

Em comparação com a redação anterior, portanto, as principais alterações trazidas pela

¹¹ BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

¹² NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

¹³ BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**, 2004.

¹⁴ NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes, 2014.

¹⁵ DAMASIO DE, J. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

Lei nº 12.850/2013 ao art. 288, do CP foram a mudança em sua nomenclatura, a redução de quatro para três o número mínimo de agentes para sua configuração, a inclusão de mais uma causa de aumento, qual seja, a participação de criança ou adolescente, com a alteração da fração de aumento, que passou a ser de até metade.

1.2. Milícia privada

Com a edição da Lei nº 12.720 de 2012, que acrescentou o art. 288-A ao CP, o ordenamento jurídico brasileiro passou a prever mais um crime, tornando típica a conduta de constituir milícia privada, assim definida:

Constituição de milícia privada

Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos.

Luiz Regis Prado, na análise da tipicidade objetiva, critica o legislador por uma vez mais demonstrar sua incapacidade de configurar estruturas típicas incriminadoras o que, não raro, leva à inconstitucionalidade ou à inaplicabilidade do dispositivo legal. Chama a atenção o fato de o tipo penal ser extremamente amplo e impreciso, visto que os elementos objetivos não estão, em sua maioria, expressamente definidos em lei¹⁶.

De modo semelhante, Julio Fabrini Mirabete refere a inexistência de definições legais e sentidos consagrados aos termos utilizados pelo legislador no dispositivo, quais sejam, paramilitar, milícia particular, grupo e esquadrão, o que, em sua opinião trará graves controvérsias sobre seus alcances¹⁷.

Além da insegurança em relação ao conceito para os termos empregados, outro problema está na falta de previsão do quantitativo mínimo de pessoas necessárias para a caracterização do crime, requisito indispensável considerando que se trata de delito plurissubjetivo ou de concurso necessário. Nesse ponto, Luiz Regis Prado defende que o tipo penal afronta ao princípio da legalidade penal, argumentando não ser facultado ao julgador a colmatação dessa lacuna, seja por analogia *in malam partem*, seja por qualquer

¹⁶ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**, 2014.

¹⁷ MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**, 2012.

outra forma integrativa¹⁸.

No que tange ao elemento subjetivo do tipo, o delito de milícia privada apresenta significativa distinção em relação aos crimes de associação e organização criminosa, ao exigir a finalidade de prática de quaisquer dos crimes previstos no Código Penal, prevendo inexplicável limitação do alcance típico, pois, diante da previsão expressa, afasta a hipótese de configuração do delito se a milícia é destinada ao cometimento de crimes previstos em leis extravagantes¹⁹.

Outra diferença se comparado aos delitos de associação e organização criminosa, é a inexistência, na milícia privada, de causa de aumento de pena em se tratando de grupo armado ou se contar com a participação de criança ou adolescente, embora topograficamente esteja previsto no Código Penal logo após o crime de associação criminosa.

Em relação ao aumento referente à utilização de arma, talvez a inexistência dessa previsão seja a presunção de que toda organização paramilitar, milícia privada, grupo ou esquadrão só exista se fizer uso de armas, entretanto, quanto à opção do legislador em não majorar o delito se houver a participação ou de criança ou adolescente não se encontra justificativa lógica.

1.3. Organizações criminosas

A Lei nº 9.034/1995, posteriormente alterada pela Lei nº 10.217/2001, segundo seu enunciado, tratava da “utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas”, porém não definia organização criminosa.

O conceito de organização criminosa foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 231, de 29 de maio de 2003, e pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, que ratificaram a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, na Itália, em 15 de dezembro de 2000.

Segundo a Convenção de Palermo, grupo criminoso organizado é aquele grupo estruturado, com três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando com o propósito de cometer

¹⁸ PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3**: parte especial, arts. 250 a 359-H., 2013.

¹⁹ DAMASIO DE, Jesus. **Direito penal, 3º volume**: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública, 2013.

uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Logo em seguida, a Convenção estabelece o parâmetro de infração grave, como sendo aquele tipo de delito punível com privação de liberdade, cujo máximo da pena não seja inferior a quatro anos.

No entanto, apesar de a Convenção definir organização criminosa, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 96.007-SP, em 12 de junho de 2012, entendeu que a ordem jurídica no Brasil ainda não dispunha de previsão normativa suficiente a concluir-se pela existência do crime de organização criminosa, permanecendo, portanto, atípica a conduta.

A legislação brasileira somente passou a tipificar esse delito a partir da edição da Lei nº 12.694/12, que, entre outras disposições, trata do processo e julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas (art. 2º). No entanto, aquele conceito não chegou a consolidar-se, pois, o legislador editou nova lei redefinindo esse tipo penal, da seguinte maneira, no art. 1º, § 1º da Lei nº 12.850/2013:

Parágrafo 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Os delitos de associação e organização criminosa preveem diferente número mínimo de integrantes. Enquanto que a associação criminosa exige pelo menos três pessoas, a organização criminosa só existe com um mínimo de quatro agentes.

Contudo, para Baltazar Junior o que diferencia a associação criminosa da organização criminosa não é o número de agentes, mas a circunstância de a organização ser estruturalmente ordenada e apresentar divisão de tarefas, sendo perfeitamente possível que um grupo de três ou mais agentes, que tenha por finalidade a prática de crimes com pena superior a quatro anos configure uma associação criminosa, se lhe faltarem a estrutura ordenada e a divisão de tarefas²⁰.

²⁰

BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais**, 2014.

Semelhante ao delito de associação, o crime de organização criminosa, em seu art. 2º, § 4º, inciso I, também prevê pena majorada, na fração de 1/6 a 2/3, em caso de participação de criança ou adolescente.

2. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO DIREITO PENAL

2.1 Legislação protetiva

A história mundial do direito penal juvenil, segundo Emílio Garcia Mendez²¹ pode ser sistematizada em três momentos.

No primeiro deles, a conduta tipificada como crime, sendo praticada por um adolescente ou por um adulto, tinha o mesmo tratamento legal quanto às normas penais e processuais penais, havendo apenas a possibilidade de redução de pena para os adolescentes e, via de regra, o cumprimento dela se dava em estabelecimentos conjuntos.

Esse primeiro período da evolução legislativa acompanhou o surgimento dos códigos penais de caráter retribucionista do século XIX e se estende até o início do século XX.

Em 1899 surge o primeiro tribunal de menores do mundo em Illinois, Estados Unidos. Posteriormente, alguns países europeus igualmente reconhecem a necessidade de juízes especiais para a tutela das crianças e adolescentes e são criados tribunais de menores na Inglaterra (1905), na Alemanha (1908), em Portugal (1911) e na França (1912). Na América Latina, a Argentina é o primeiro país a prever uma justiça especializada para os menores, em 1921. O Brasil criou o juiz de menores por meio do decreto federal n.º 16.273, de 20 de dezembro de 1923.

Esse contexto dá início à segunda etapa da evolução histórica do direito penal juvenil, inaugurando o período em que impera o caráter tutelar, de reconhecimento da necessidade de os jovens terem tratamento distinto daquele dispensado aos adultos, mas que está muito ligado ao binômio carência/delinquência. De modo geral, menores abandonados e infratores recebem a mesma

²¹ SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**, 2013.

atenção e são vistos como menores em situação irregular.

No Brasil, José Candido Albuquerque de Mello Mattos, primeiro juiz titular do juizado de menores, foi o responsável pelo projeto que deu origem ao decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, nascendo, então, o Código de Menores ou Código Mello Mattos²², que submetia o menor abandonado ou delinquente ao seu regramento, desde que tivesse idade entre 14 e 18 anos.

Reafirmando esta sistemática, o Código Penal de 1940 expressamente prevê, em sua exposição de motivos, que as regras ali contidas são destinadas aos adultos, não atingindo aos imaturos, compreendidos como aqueles com idade inferior a 18 anos²³.

Alguns anos depois, o mundo vive um significativo avanço no âmbito dos direitos humanos, após todas as violações registradas durante a segunda guerra mundial, cujo marco principal foi a edição, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Em 1959, a Organização das Nações Unidas (ONU) edita a Declaração dos Direitos da Criança e inaugura uma nova visão acerca da criança e do adolescente, a chamada doutrina da proteção integral, consolidada com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 20 de novembro de 1989.

A doutrina da proteção integral reconhece que a infância e a adolescência constituem fases peculiares do desenvolvimento físico e psíquico do ser humano e vê a criança e o adolescente como sujeitos especiais de direitos²⁴, reafirmando sua dignidade humana e, especialmente, admitindo que o jovem é diferente do adulto e, portanto, em respeito ao princípio da equidade, merece tratamento próprio.

Pode-se afirmar que a doutrina da situação irregular foi formalmente superada no Brasil com a edição da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu art. 227, com a redação alterada pela Emenda Constitucional n.º 65, de 2010, o dever de a família, a sociedade e o Estado assegurarem à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência,

²² SPOSATO, K. B. **O direito penal juvenil**, 2006.

²³ Esse parâmetro etário foi mantido na constituição federal de 1988 que, em seu art. 228 estabelece: “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”

²⁴ AMARAL E SILVA, A. F. O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC**, 1998.

crueidade e opressão. No parágrafo 4º, do art. 227, da CF, consta ainda que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.”

A legislação protetiva no nosso país inclui ainda o Decreto n.º 99.710, de 21 de novembro de 1990, que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro a Convenção sobre os direitos da criança, anteriormente ratificado pelo Brasil, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja publicação deu-se alguns meses antes do decreto nº 99.710, representa um marco na proteção dos direitos dos infantes. Configura-se em instrumento de tutela moderno, que reproduz as diretrizes traçadas internacionalmente, sendo voltado para a realização da justiça em tão relevante setor da sociedade.

Certamente a doutrina da proteção integral influenciou o legislador ordinário quando da edição da Lei nº 12.850/2013 que, alterando o delito do art. 288 do CP, e definindo o crime de organizações criminosas, previu causas de aumento de pena para o adulto que comete um desses delitos com a participação de criança ou adolescente.

Entretanto, em que pese a consolidação dessa doutrina de proteção das crianças e adolescentes, o legislador pátrio já demonstrou outrora peculiar preocupação com os infantes, prevendo, por exemplo, a corrupção de menores como infração penal, delito que será analisado a seguir.

2.2. O delito de corrupção de menores

Já no Código Penal de 1940, houve preocupação em proteger crianças e adolescentes da influência negativa dos adultos, exatamente por estarem em fases peculiares de desenvolvimento, quando foram tipificados os delitos de sedução e corrupção de menores, nos artigos 217 e 218, com a seguinte redação:

Sedução

Art. 217 Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos.

Corrupção de menores

Art. 218 Corromper ou facilitar a corrupção de pessoa maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, com ela praticando ato de libidinagem, ou induzindo-a a praticá-lo: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

O crime de sedução tinha como objeto jurídico a integridade ou virgindade da adolescente, e foi revogado em 2005 pela Lei nº 11.106, já o crime de corrupção de menores do art. 218, tinha como objeto jurídico a moral sexual dos adolescentes e teve sua redação alterada pela Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, que modificou o parâmetro etário, adequou a terminologia e aumentou a pena²⁵.

Note-se que ambos os delitos tutelam a integridade sexual de crianças e adolescentes. Em 1952, o magistrado do juizado de menores do antigo Distrito Federal (atual estado do Rio de Janeiro), Waldyr de Abreu, encaminhou ao Governo Federal, minuta de anteprojeto de lei e exposição de motivos, que se transformou no projeto de Lei nº 2.033²⁶ e, posteriormente, na Lei nº 2.252/1954, tipificando outra espécie de corrupção de menores²⁷.

Waldyr de Abreu descreve que, à época, recebia diariamente adolescentes e até crianças, a serviço de maiores, envolvidos na prática das mais variadas infrações penais. Diante dessa realidade brasileira, o autor do anteprojeto destacou a necessidade de proteger o menor, salvando-o do abandono moral e material para evitar sua exploração como instrumento de delito, sugerindo a ampliação do conceito de corrupção de menores, estendendo a punição para além da corrupção sexual, tal como já previa o Código Penal, nos artigos 217 e 218.

Após cerca de dois anos de tramitação no Congresso Nacional, editou-se a Lei nº 2.252/54, tipificando a conduta de corromper ou facilitar a corrupção de menores, com o objetivo de punir a associação do maior com o menor, gerando a corrupção desse último que, precocemente, adentra no mundo da criminalidade, atitude que representa um grave problema para o próprio jovem e também para a sociedade em que vive²⁸. O delito estava

²⁵ Art. 218. Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

²⁶ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/dc_20.zsp?selCodColecaoCsv=D&DataIn=05/06/1952&txpagina=4735&altura=650&largura=800>. Acesso em: 09 jun. 2015.

²⁷ ABREU, W. de. **Ainda o crime de corrupção moral de menores**, 1992, pp. 269-276.

²⁸ NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

desse modo previsto no art. 1º da referida lei:

Art 1º Constitui crime, punido com a pena de reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa de Cr\$1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$10.000,00 (dez mil cruzeiros), corromper ou facilitar a corrupção de pessoa menor de 18 (dezoito) anos, com ela praticando, infração penal ou induzindo-a a praticá-la.

O delito de corrupção moral de menores, em razão da sua própria redação, consiste em delito que comumente envolve a prática de um outro crime. Não raro, portanto, o agente imputável é condenado pelo crime de corrupção de menores em concurso com outra infração penal. Adentramos na temática do concurso de crimes.

Ocorre concurso de crimes quando, por meio da prática de uma ou mais ações, o agente pratica dois ou mais delitos. O direito penal brasileiro adota três sistemas para a aplicação da pena nesses casos: o concurso material ou real, o concurso formal ou ideal e o crime continuado (artigos 69, 70 e 71 do CP).

O concurso material ou real consiste na prática de duas ou mais condutas, dolosas ou culposas, omissivas ou comissivas, que produzem dois ou mais resultados, idênticos ou não, mas todas vinculadas pela identidade do agente, sendo indiferente se os fatos ocorreram na mesma ocasião ou em dias distintos²⁹. Nessa hipótese, adota-se o sistema da acumulação material, ou seja, as penas devem ser somadas, conforme previsão do art. 69 do CP.

Já o concurso formal ou ideal acontece quando o agente, mediante uma única ação ou omissão, provoca dois ou mais resultados típicos. Para essa situação, o direito penal brasileiro adotou o sistema da exasperação da pena, benéfico ao autor do fato, que prevê a aplicação somente da pena mais grave, ou de uma delas, se forem idênticas, com um acréscimo de um sexto até a metade, de acordo com o disposto no art. 70 do CP³⁰.

Note-se, no entanto, que o art. 70 do CP divide-se em duas partes, conceituando o que a doutrina denomina de concurso formal perfeito, na primeira, e concurso formal imperfeito, na segunda. O concurso é perfeito quando decorre de um único desígnio, logo, o agente, por meio de um só impulso volitivo, dá causa a dois ou mais resultados. Aplica-se, nesse caso, a pena mais grave, ou uma delas, se forem idênticas, com um

²⁹ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³⁰ NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**, 2007.

acréscimo de um sexto até a metade³¹.

Entretanto, se o resultado se dá mediante desígnios autônomos, ou seja, apesar de haver apenas uma ação, o agente intimamente deseja todos os resultados ou aceita o risco de produzi-los, a solução para a aplicação da pena é outra, afastando-se o benefício legal da exasperação, somando-se as penas, como ocorre no concurso material³².

Por fim, o crime continuado, estabelecido no art. 71 do CP, ocorre na hipótese de o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie, com condições de tempo, lugar e maneira de execução semelhantes. Cria-se a suposição de que os delitos subsequentes são uma continuação do primeiro e aplica-se a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversos, aumentada de um sexto a dois terços, em qualquer caso.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, encontramos tanto casos em que foi aplicado o concurso formal³³, quanto situações em que o agente imputável foi condenado pela prática do crime de corrupção de menores em concurso material³⁴ com outra infração penal.

A possibilidade de condenação do autor do fato pela prática de dois ou mais delitos em concurso material gera pena significativamente maior, pois, como visto, o sistema de exasperação da pena implica pena menor ao agente.

Nesse contexto faz-se necessária a análise acerca das alterações provocadas pela modificação do delito de corrupção de menores, que agora se encontra tipificado no ECA, bem como as previsões de causa especial de aumento de pena, na hipótese de prática dos delitos de associação e organização criminosa, quando houver a participação de criança ou adolescente.

3. A CRIANÇA E O ADOLESCENTE NO CONTEXTO DAS ASSOCIAÇÕES E ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

³¹ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³² GRECO, R. **Curso de direito penal**, 2008.

³³ Recurso Especial nº 1.094.915/DF e Habeas Corpus nº 137.317/DF e nº 62.992/SP.

³⁴ Habeas Corpus nº 146.376/PE.

Antes da edição da Lei 12.850/2013, havia a possibilidade de o agente adulto, ser condenado pela prática do delito de formação de quadrilha ou bando, tipificado no art. 288 do CP, em concurso (formal ou material) com o delito de corrupção de menores, previsto no art. 1º da Lei n.º 2.252/1954, para fatos ocorridos até 06/08/2009, ou previsto no art. 244-B, do ECA, para fatos a partir de 07/08/2009, quando a Lei nº 12.015 revogou a Lei nº 2.252/1954 e incluiu o art. 244-B ao ECA.

Na hipótese de concurso de crimes, a quantidade de pena privativa de liberdade do adulto dependeria da constatação de qual espécie de concurso ocorreu, formal ou material, além das peculiaridades do caso, referentes às circunstâncias do art. 59 do CP, eventuais agravantes ou atenuantes e causas de aumento e de diminuição.

Para o concurso formal, nossa legislação adotou sistema menos gravoso ao réu, consistente na exasperação da pena mais grave ou de apenas uma delas, se iguais, com o acréscimo de um sexto até a metade, a teor do art. 70 do CP. Em caso de concurso material, a sistemática de aplicação da pena dá-se com a soma delas, conforme previsão do art. 69 do CP.

No caso hipotético de o adulto ser condenado a uma pena mínima pela prática desses dois crimes, quais sejam, quadrilha ou bando, na anterior redação do art. 288, do CP e corrupção de menores, da Lei nº 2.252/1954 ou do art. 244-B, do ECA, teríamos, se reconhecido o concurso formal, uma pena de **um ano e dois meses**, considerando a incidência da menor fração de aumento do art. 70 (1/6) ou pena de **um ano e seis meses**, se aplicada a maior fração de aumento do art. 70 (1/2). Se, na mesma situação, o concurso for material, teríamos uma pena privativa de liberdade de **dois anos**. Conclui-se, portanto, que a incidência do concurso material eleva substancialmente a pena.

Na jurisprudência, encontramos precedentes de condenações do adulto pela prática dos delitos de quadrilha ou bando e corrupção de menores, tanto em concurso formal³⁵, quanto em concurso material³⁶ de crimes.

A partir da Lei n.º 12.850/2013, o envolvimento de criança ou adolescente nos crimes

³⁵ Acórdão n.º 573995, 20070111353887APR, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Revisor: SANDOVAL OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/02/2012, Publicado no DJE: 23/03/2012. p. 195.

³⁶ TJ-MS - APL: 00036424820128120002 MS 0003642-48.2012.8.12.0002, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 21/10/2013, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/01/2014.

de associação e organização criminosa passou a gerar, para o adulto, majoração de pena até a metade, no caso de associação criminosa (art. 288 do CP), e na fração de um sexto a dois terços, no caso de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013). Entretanto, ao contrário do que possa parecer, a majoração específica pouco alterou a aplicação prática das penas em comparação com a legislação anterior e, na verdade, possibilitou a redução da pena para o adulto, particularmente em relação ao delito de associação criminosa.

A legislação em vigência possibilita também o abrandamento de pena na hipótese de prática do crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente, se comparado com a prática de outros tipos de delitos onde inexistia essa previsão específica de majoração de pena, o que viabiliza a condenação em conjunto com o delito de corrupção do art. 244-B, do ECA.

Isso acontece porque, em respeito ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, afasta a incidência do outro tipo penal, qual seja, o de corromper menor de 18 anos, antes previsto na Lei nº 2.252/1954, atualmente tipificado no art. 244-B do ECA.

Sobre o assunto, existe, inclusive, recente precedente oriundo do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios inserido no informativo de jurisprudência nº 283, cuja ementa transcrevemos abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. QUADRILHA OU BANDO ARMADO (ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACÉRVO PROBATÓRIO COESO. **CORRUPÇÃO DE MENOR. LEI Nº 12.850/2013. CAUSA DE AUMENTO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO. CRIME ÚNICO.** DOSIMETRIA. ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MANUTENÇÃO. RETROATIVIDADE. NORMA MAIS BENÉFICA. ALTERAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO DOBRO PARA METADE. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA. REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE.

Não há cerceamento ou prejuízo para a defesa, quando os autos em que foram autorizadas as interceptações das comunicações telefônicas já estavam apensados aos principais antes da abertura do prazo para a resposta escrita. Em consequência, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade das interceptações.

A autoria do crime ficou comprovada por ampla investigação subsi-

diada por interceptações telefônicas, pela prisão em flagrante de parte dos réus na posse de veículos roubados, e pela confissão de alguns deles, tudo a indicar a existência de associação criminosa armada destinada ao furto e roubo de automóveis.

Mantém-se a condenação pelo crime de associação criminosa (antes denominado formação de quadrilha ou bando), quando o robusto acervo probatório, constituído pela prova oral e pelas transcrições das interceptações das comunicações telefônicas demonstra, com certeza, a prática do delito.

Para configuração do delito de associação criminosa armada, basta que um de seus integrantes esteja a portar armas. Trata-se de circunstância objetiva que a todos se comunica.

A Lei nº 12.850/2013 alterou o tipo penal do art. 288, caput e parágrafo único do CP, para mudar a denominação do crime de formação de quadrilha ou bando para associação criminosa, bem como o número mínimo para sua caracterização. Além disso, modificou a causa de aumento para prevê-la não apenas no caso de ser armada, mas também quando houver a participação de criança ou adolescente.

A objetividade jurídica, tanto no crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente quanto no delito de corrupção de menor, é a proteção à moralidade da pessoa em desenvolvimento. Sendo ambos crimes formais, mediante a aplicação do Princípio da Especialidade, não mais subsiste o concurso formal de delitos, mas ilícito penal único.

Aumenta-se a pena de metade, quando se verifica que a associação criminosa era armada e havia participação de pelo menos dois adolescentes, os quais praticavam crimes graves, com violência e grave ameaça à pessoa, além de também negociar o produto dos ilícitos penais.

Não assiste o direito de recorrer em liberdade ao réu quando permanece a necessidade de manutenção da custódia preventiva para garantia da ordem pública, em face da reiteração criminosa.

Não há incompatibilidade na fixação de regime prisional semiaberto e o indeferimento do direito de recorrer em liberdade nas hipóteses em que é garantida aos réus a execução provisória da pena no regime aplicado na sentença.

Extraída carta de guia provisória para os réus que ainda estão em prisão preventiva, compete ao Juiz da Execução Penal realizar a detração penal.

Preliminar de nulidade rejeitada.

Apelações conhecidas e providas parcialmente. (Acórdão n.795382, 20110111963246APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, 2ª Turma Cri-

No referido julgado, a compreensão é de que, no âmbito da associação criminosa com a nova redação dada pela Lei nº 12.850/2013, não subsiste o concurso de crimes, mas tão somente o delito de associação com o aumento estabelecido no parágrafo único. Tal interpretação se dá com base no princípio da especialidade, segundo o qual a norma especial afasta a incidência da norma geral.

Capez³⁷ assim o conceitua:

O princípio da especialidade possui uma característica que o distingue dos demais: a prevalência da norma especial sobre a geral se estabelece *in abstracto*, pela comparação das definições abstratas contidas nas normas, enquanto que os outros exigem um confronto concreto das leis que descrevem o mesmo fato.

Além do princípio da especialidade, essa interpretação tem relação com a aplicação do princípio da vedação da dupla punição pelo mesmo fato ou *ne bis in idem*, consubstanciado na premissa de que ninguém pode ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal. Essa garantia está implicitamente prevista no art. 8º, 4 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁸.

Embora o princípio *ne bis in idem* não esteja consolidado expressamente na nossa Constituição, o Supremo Tribunal Federal, em decisão do Pleno, afirmou que tal princípio está incorporado ao ordenamento jurídico pátrio e complementa o rol dos direitos e garantias individuais já previsto pela Constituição Federal, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que a Lei Maior impõe a prevalência do direito à liberdade em detrimento do dever de acusar (HC 80.263).

Desse modo, se o princípio *ne bis in idem* complementa o rol de direitos e garantias individuais previsto pela Constituição Federal, significa que ostenta *status* constitucional com base no que estabelece o art. 5º, § 2º, da Lei Maior³⁹.

Consequentemente, conclui-se ser inconstitucional admitir a manutenção do concurso

³⁷ CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal**, 2012.

³⁸ NUCCI, G. S. **Código penal comentado**, 2007.

³⁹ SILVA, José Geraldo da. **Leis penais especiais anotadas**, 2008.

de crimes entre o delito de corrupção de criança ou adolescente e associação criminosa, com a incidência de majorante específica quando constatada a presença de criança ou adolescente na empreitada ilícita, porque violaria ao princípio *ne bis in idem*, na medida em que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seria utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

Extraí-se a mesma interpretação em outros julgados, porém, em relação ao crime de tráfico de drogas,⁴⁰ cuja legislação, à semelhança do delito de associação criminosa, prevê causa especial de aumento de pena, se praticado na companhia de criança ou adolescente.

Um pouco diferente é a situação da organização criminosa com o envolvimento de criança ou adolescente, em que a previsão de aumento de pena tem mais chances de provocar efetiva elevação no *quantum* de condenação.

Primeiro porquê, apesar da existência de tipo penal específico prevendo punição ao adulto que corrompe moralmente crianças ou adolescentes, com ele praticando crime ou instigando-o a praticá-lo (art. 1º da Lei nº 2.252/54, até 06/08/2009 e art. 244-B, do ECA, a partir de 07/08/2009), o crime de organização criminosa somente foi tipificado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.850/2013. Significa dizer que, antes da vigência da referida lei, não havia a possibilidade de condenação pela prática do delito de organização criminosa.

Em segundo lugar, porque essa previsão específica de aumento de pena no crime de organização criminosa pode variar de um sexto a dois terços, ou seja, a fração máxima é maior em comparação com a majorante do delito de associação criminosa, cujo limite de aumento é metade.

Conclui-se, portanto, que, em relação ao delito de associação criminosa, a causa especial de aumento de pena, fixada no parágrafo único do art. 288 do CP, pode reduzir a pena, se comparado com a legislação anterior, pois tornou a conduta crime único, afastando

⁴⁰ TJ-MG - APR: 10625130114956001 MG, Relator: Beatriz Pinheiro Caires, Data de Julgamento: 28/08/2014, Câmaras Criminais/2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/09/2014; TJ-RJ - APL: 00031617220148190050 RJ 0003161-72.2014.8.19.0050, Relator: Des. Antonio Jose Ferreira carvalho, Data de Julgamento: 17/03/2015, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 26/03/2015 16:51; TJ-RS - ACR: 70053933933 RS, Relator: Julio Cesar Finger, Data de Julgamento: 11/09/2013, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2013; Apelação Crime Nº 70037527314, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/11/2010.

o concurso de crimes. Do mesmo modo, se comparado com a prática de outros tipos penais em concurso com o crime de corrupção de menores de 18 anos do art. 244-B do ECA, a majorante específica pode trazer pena inferior, já que, em aplicação ao princípio da especialidade, a conduta tornou-se um único crime, afastando o concurso de infrações.

Para melhor elucidar essa análise, confirmam-se os quadros comparativos abaixo*:

| Quadrilha/associação criminosa com participação de criança ou adolescente | |
|--|---|
| Antes da Lei nº 12.850/2013 | Após da Lei nº 12.850/2013 |
| Quadrilha ou bando (art. 288, CP): pena de 1 a 3 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material) | Associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do CP): pena de 1 a 3 anos + majorante de 1/6 até 1/2 = Pena de 1 ano e 2 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 1 ano e 6 meses (se majorante na fração máxima) |

| Corrupção de menores de 18 anos em comparação com outros crimes | | | |
|--|---|---|---|
| Antes da Lei nº 12.850/2013 | Antes da Lei nº 12.850/2013 | Após a Lei nº 12.850/2013 | Após a Lei nº 12.850/2013 |
| Quadrilha ou bando (art. 288, CP): pena de 1 a 3 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material) | Furto (art. 155, CP): pena de 1 a 4 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material) | Associação criminosa (art. 288, parágrafo único, do CP): pena de 1 a 3 anos + majorante de 1/6 até 1/2 = Pena de 1 ano e 2 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 1 ano e 6 meses (se majorante na fração máxima) | Furto (art. 155, CP): pena de 1 a 4 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 1 ano e 2 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 2 anos (se concurso material) |

| Organização criminosa com participação de criança ou adolescente em comparação com outros crimes com participação de criança ou adolescente sem majorante específica | | | |
|---|---|---|--|
| Antes da Lei nº 12.850/2013 | Antes da Lei nº 12.850/2013 | Após a Lei nº 12.850/2013 | Após a Lei nº 12.850/2013 |
| Crime de organização criminosa não tipificado | Moeda Falsa (art. 289, CP): pena de 3 a 12 anos + Corrupção de menores (art. 1º, Lei 2.252/54 até 06/08/2009 e art. 244-B, ECA após 07/08/2009): pena de 1 a 4 anos = Pena de 3 anos e 6 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 4 anos (se concurso material) | Organização criminosa (art. 2º, da Lei 12.850/2013): pena de 3 a 8 anos + majorante de 1/6 até 2/3 = Pena de 3 anos e 6 meses (se majorante na fração mínima) Pena de 5 anos (se majorante na fração máxima) | Moeda Falsa (art. 289, CP): pena de 3 a 12 anos + Corrupção de menores (art. 244-B, ECA): pena de 1 a 4 anos = Pena de 3 anos e 6 meses (se concurso formal na fração mínima – 1/6) Pena de 4 anos (se concurso material) |

* Foi considerada a aplicação da pena mínima, na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, para todos os tipos penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina da proteção integral de crianças e adolescentes, no atual estágio do direito penal juvenil, deve pautar as ações do Estado na tutela de seus direitos e interesses. Antes mesmo da consolidação dessa doutrina protetiva, a Lei nº 2.252/54 previu o tipo penal de corrupção de menores, visando penalizar a conduta do adulto que, aproveitando-se da imaturidade da criança ou do adolescente, o leva para a criminalidade. Esse crime implicava, em regra, na punição do agente pela prática de dois delitos, em concurso de crimes: a corrupção e o outro ilícito penal.

Embora revogada a Lei nº 2.252/54, o crime de corrupção de crianças e adolescentes foi mantido, pois a Lei nº 12.015, de 2009, incluiu sua tipificação no art. 244-B do ECA.

Em 2013, a Lei nº 12.850 alterou, entre outros, dois tipos penais: o antigo crime de quadrilha ou bando, que passou a denominar-se associação criminosa, bem como o crime de organização criminosa, fazendo constar majorante para o caso de prática desses crimes em conjunto com criança ou adolescente. O envolvimento de criança ou adolescente no crime de associação criminosa passou a gerar, para o adulto, majoração de pena até a metade e, na fração de um sexto a dois terços, no caso de organização criminosa (art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.850/2013).

A intenção do legislador certamente é a punição mais severa do agente que se utiliza de menores de 18 anos para a prática de crimes, especialmente, no crime organizado, cujo combate é prioridade em todo o mundo, sendo centro de preocupações em todos os setores da sociedade.

Diante dessa alteração, o questionamento que se faz necessário é: o agente deve ser punido pelo delito de corrupção de menores e também pelo crime de associação ou organização criminosa com a incidência da majorante relativa à participação de criança ou adolescente na empreitada delituosa?

Entende-se que a resposta deve ser negativa, na medida em que admitir essa dupla punição violaria os princípios da especialidade e da vedação ao *bis in idem*.

O princípio da especialidade é aquele que estabelece a aplicação da norma especial em detrimento da normal geral, diante disso, no contexto das associações e organizações criminosas, havendo causa especial de aumento de pena para a prática do delito acompanhado de criança ou adolescente, não há sentido em considerar a mesma circunstância para caracterização de outro delito, devendo, portanto, ser considerado crime único majorado.

O princípio *ne bis in idem* veda a dupla punição pelo mesmo fato e deve impedir que uma mesma circunstância, qual seja, a prática de crime juntamente com menor de 18 anos, seja utilizada mais de uma vez em prejuízo do réu.

Constata-se que, ao contrário do que possa parecer, essa majoração específica envolvendo criança e adolescente pouco alterou a aplicação prática das penas em comparação

com a legislação anterior e, na verdade, possibilitou a redução da pena para o adulto, particularmente em relação ao delito de associação criminosa.

A legislação em vigência caracteriza também o abrandamento de pena na hipótese de prática do crime de associação criminosa com participação de criança ou adolescente, se comparado com a prática de outros tipos de delitos onde inexistia essa previsão específica de majoração de pena, pois, nas situações onde não há causa de aumento é viável a condenação em conjunto com o delito de corrupção do art. 244-B, do ECA.

Isso acontece porque, em respeito ao princípio da especialidade, a previsão específica de causa de aumento de pena, no delito de associação, afasta a incidência do outro tipo penal, qual seja, o de corromper menor de 18 anos, antes previsto na Lei nº 2.252/54, atualmente tipificado no art. 244-B do ECA.

Um pouco diferente é a situação envolvendo a prática do crime de organização criminosa com o envolvimento de criança ou adolescente, em que a previsão de aumento de pena provoca efetiva elevação no *quantum* de condenação.

Primeiro porque, apesar da existência de tipo penal específico prevendo punição ao adulto que corrompe moralmente crianças ou adolescentes, com ele praticando crime ou instigando-o a praticá-lo (art. 1º da Lei nº 2.252/54, até 06/08/2009 e art. 244-B, do ECA, a partir de 07/08/2009), o crime de organização criminosa, somente foi tipificado no ordenamento brasileiro pela Lei nº 12.850/2013. Significa dizer que, antes da vigência da referida lei, não havia a possibilidade de condenação pela prática do delito de organização criminosa.

Em segundo lugar porque essa previsão específica de aumento de pena no crime de organização criminosa pode variar de um sexto ao dobro, ou seja, a fração máxima é maior em comparação com a majorante do delito de associação criminosa, cujo limite de aumento é metade.

REFERÊNCIAS

ABREU, W. de. **Ainda o crime de corrupção moral de menores**. Revista dos Tribunais São Paulo, v. 676, (fev. 1992) p. 269-276.

AMARAL E SILVA, A. F. **O mito da imputabilidade penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.** In: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, 1998.

AZAMBUJA, M. R. F. de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BALTAZAR JUNIOR, J. P. **Crimes federais.** 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal.** v.4. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, C. R. **Comentários à lei de organização criminosa: Lei 12.850/2013.** São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, F. **Curso de Direito Penal.** 1º vol. 16º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERNICCHIARO, L. V. Corrupção de menores. If-2252 de 1954. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre, abr/maio, 2000. n.1, p.35-37.

CUNHA, R. S. **Crime organizado comentários à nova lei sobre o crime organizado lei nº 12.850/2013.** 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

CURY, M. – coordenador. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.

DELMANTO, C. **Código penal comentado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAMASIO DE, Jesus. **Direito penal,** 3º volume: parte especial: dos crimes contra a propriedade imaterial e dos crimes contra a paz pública. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRAGOSO, H. C. **Lições de direito penal,** 3º volume. 2. Ed. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1965.

GOMES, L. F. **Legislação criminal especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. – (Coleção ciências criminais; 6/coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

GRECO, R. **Curso de direito penal**. v. 3. Niterói: Ímpetus, 2008.

HASSEMER, W. **Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do direito penal e na política criminal**. Tradução de PABLO RODRIGO ALFLEN (Professor do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito d UFRGS), do artigo “Asbhbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik”, publicado originalmente em Prittwitz/Manoledakis (Hrsg.) Strafrechtsprobleme na der Jahrtausendwende, 1. Aufl., 2000.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

ISHIDA, V. K. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

JUNIOR, O. B. J. **Corrupção de menores: um crime formal**. Disponível em: <<http://www.gnmp.com.br/publicacao/78/corruptao-de-menores-um-crime-formal>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA, R. de A. **A nova lei do crime organizado** – Lei n. 12.850/2013. Porto Alegre: Lex Magister, 2013.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990/Paulo Lúcio Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1991.

NORONHA, E. M., 1906-1982. **Direito penal** / E. Magalhães Noronha. São Paulo: Saraiva, 1987-1988.

NUCCI, G. S. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, G. S. **Código penal comentado**. 7. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, G. S. **Organização criminosa**. 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, G. S. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 250 a 359-H**. 9. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, L. A. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**/Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépre, Rogério Sanches Cunha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ROXIN, C. Observações sobre a decisão da Corte Suprema peruana no caso Fujimori. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 91, p. 11-20, jul./ago. 2011.

SARAIVA, J. B. C. **Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCALCO, P. A corrupção de menores no Estatuto da Criança e do Adolescente: uma releitura crítica de acordo com o princípio da proteção integral. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, Porto Alegre, v.12, n. 18, p.29-38, out./nov. 2010.

SIQUEIRA, G. **Tratado de direito penal**, parte especial, tomo II, 2. Ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

SILVA, A. R. I. da (organizador). **Temas de direito penal, criminologia e processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, J. G. da. **Leis penais especiais anotadas**/José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti, Fabiano Genofre. 10. Ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2008.

SILVA, P. R. A. da. **Financiamento ou custeio para o tráfico e violação ao princípio “ne bis in idem”**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11303/financiamento-ou-custeio-para-o-trafico-e-violacao-ao-principio-ne-bis-in-idem>>. Acesso em: 21 fev. 2015.

SILVA, E. A. **Crime organizado: procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SPOSATO, K. B. **O direito penal juvenil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.